

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΤΕΦΑΝΟΥ

ΔΙΚΗΓΟΡΟΣ

Φωκ. Νέγρη 34, 113 61 ΑΘΗΝΑ

Τηλ.: 210 8818 423 – 210 8818 424

Fax: 2108823 848 - e-mail stefanou.ch@gmail.com

ΑΦΜ: 026919827 – ΔΟΥ: ΙΓ' ΑΘΗΝΩΝ

ΑΡΙΘΜ. ΠΡΩΤ.	ΧΡΕΩΣΗ
18267	
ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ	ΕΠΙΣΤΑΣΗ
21-5-18	

Τμ. Λογ. Έργων
φ 21-5-18

ΠΡΟΣ
ΔΗΜΟ ΔΙΟΝΥΣΟΥ

ΓΝΩΜΟΔΟΤΙΚΟ ΣΗΜΕΙΩΜΑ

Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Διονύσου με την υπ' αριθμ. 152/2018 απόφασή της μου ανέθεσε να γνωμοδοτήσω επί του αιτήματος υποκατάστασης του αναδόχου εκτέλεσης του έργου με τίτλο «Δίκτυο αποχέτευσης ακαθάρτων σε οικισμούς του Δήμου Διονύσου – Κρυονέρι, Σταμάτα, Ροδόπολη, Διόνυσος, Αγ. Στέφανος», από άλλη εργοληπτική επιχείρηση.

Εν όψει των ανωτέρω τέθηκε υπόψη μου το ακόλουθο ιστορικό με το αντίστοιχο ερώτημα:

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ

Με την υπ' αριθμ. 275/2013 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Διονύσου εγκρίθηκε η διάθεση πίστωσης ύψους 6.283.770,58 € σε βάρος του Κ.Α. 25.7312.0041 του προϋπολογισμού του Δήμου οικονομικού έτους 2013, καταρτίσθηκαν οι όροι της διακήρυξης της δημοπρασίας για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης του έργου «Δίκτυο αποχέτευσης ακαθάρτων σε οικισμούς του Δήμου Διονύσου, Κρυονέρι, Σταμάτα, Ροδόπολη, Διόνυσος, Αγ. Στέφανος.» προϋπολογισμού 31.401.900,00 € συμπεριλαμβανομένων ΦΠΑ και Αναθεώρησης.

Με την υπ' αριθμ. 431/2013 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Διονύσου εγκρίθηκε το πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού και ανατέθηκε η εκτέλεσή του στην εταιρία «ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ» που προσέφερε μέση έκπτωση 48% για το τμήμα 1 και 48,94% για το τμήμα 2.

Με την από 28.8.2014 και με αρ. πρωτ. 27403/28.8.2014 σύμβαση εκτέλεσης έργου που υπεγράφη μεταξύ του Δήμου Διονύσου και της εταιρίας «ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ» ανατέθηκε στην εταιρία και αυτή ανέλαβε την εκτέλεση του έργου «Δίκτυο αποχέτευσης ακαθάρτων σε οικισμούς του Δήμου Διονύσου, Κρουονέρι, Σταμάτα, Ροδόπολη, Διόνυσος, Αγ. Στέφανος.» αντί του ποσού των 16.057.634,28 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%.

Σύμφωνα με την υπογραφείσα σύμβαση η εκτέλεση του έργου διέπεται από τις διατάξεις του Ν. 3669/2008 και ο χρόνος περαίωσης των εργασιών ορίσθηκε σε 24 μήνες από την υπογραφή της συμβάσεως. Με την υπ' αριθμ. πρωτ. 127/2016 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Διονύσου έγινε δεκτή η αίτηση του αναδόχου περί παράτασης του χρόνου εκτέλεσης των εργασιών και χορηγήθηκε παράταση σύμφωνα με το άρθρο 48 του Ν. 3669/2008 έως την 28.8.2018, χωρίς αποκλειστική υπαιτιότητα του αναδόχου και «με αναθεώρηση».

Με την υπ' αριθμ. πρωτ. 13680/12.4.2018 ειδική πρόσκληση του άρθρου 61 του Ν. 3669/2008 η Διευθύνουσα Υπηρεσία κάλεσε τον ανάδοχο εντός προθεσμίας είκοσι (20) ημερολογιακών ημερών από τη λήψη αυτής, την ανάδοχο να προβεί στην εκτέλεση, επί ποινή έκπτωσης, των περιλαμβανομένων σ' αυτήν εργασιών.

Μετά την κοινοποίηση της άνω ειδικής πρόσκλησης και πριν την πάροδο της προθεσμίας για την έκδοση απόφασης έκπτωσης η ανάδοχος εταιρία με την υπ' αριθμ. πρωτ. 16385/4.5.2018 αίτησή της ζήτησε την μερική υποκατάστασή της στις υπολειπόμενες εργασίες του έργου από την εταιρία «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ» σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 65 παρ. 2 εδ. Β του Ν. 3669/2008, συνυποβάλλοντας με την αίτησή της την από 3.5.2018 δήλωση αποδοχής του περιεχομένου της αίτησης υποκατάστασης της εταιρίας «ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ», καθώς και πρακτικά των Διοικητικών Συμβουλίων των δύο (2) εταιριών και φάκελο δικαιολογητικών της εταιρίας «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ».

II. ΕΡΩΤΗΜΑ

Με βάσει τα ανωτέρω εκτεθέντα ερωτάται: Εάν είναι νόμιμο το αίτημα της αναδόχου εταιρίας «ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ» για υποκατάστασή της από την εκτέλεση των υπολειπομένων εργασιών του έργου από την εταιρία «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ» και εάν η

κοινοποίηση της ειδικής πρόσκλησης προεκπτώσεως εμποδίζει την απόφαση υποκατάστασης.

ΑΠΑΝΤΗΣΗ

Η απάντησή μου στα ως άνω ερωτήματα με βάση τα στοιχεία που έχουν τεθεί υπόψη μου, είναι η εξής:

Με δεδομένο το γεγονός ότι το επίμαχο έργο εκτελείται υπό το καθεστώς του Ν. 3669/2008, Κωδικοποίηση της Νομοθεσίας Κατασκευής Δημοσίων Έργων, κρίσιμες για την απάντηση στα άνω ερωτήματα είναι οι διατάξεις του άρθρου 65 του άνω νόμου 3669/2008.

Η παράγραφος 1 του άρθρου 65 του Ν. 3669/2008 ορίζει τα εξής:

«1. Η Υποκατάσταση του αναδόχου από τρίτο στην κατασκευή μέρους ή όλου του έργου (εκχώρηση του έργου) απαγορεύεται χωρίς έγκριση του φορέα κατασκευής του έργου. Η έγκριση της Υποκατάστασης γίνεται από την προϊσταμένη αρχή, μετά από πρόταση της διευθύνουσας υπηρεσίας, εφόσον η εργοληπτική επιχείρηση, που θα υποκαταστήσει τον ανάδοχο, έχει τα ίδια προσόντα που απαιτήθηκαν για την ανάληψη του έργου από τον ανάδοχο και παρέχει τα απαραίτητα εγγύηνα για την κατασκευή του έργου, κατά την κρίση της προϊσταμένης αρχής που λαμβάνει υπόψη της και τα σχετικά στοιχεία του Μ.Ε.ΕΠ.

Αν διαπιστωθεί καθ' οιονδήποτε τρόπο ότι έχει γίνει άμεση ή έμμεση Υποκατάσταση του αναδόχου από άλλη εργοληπτική επιχείρηση, ο κύριος του έργου ή ο φορέας κατασκευής κηρύσσει έκπτωτο τον ανάδοχο, μετά γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου.»

Από την άνω διάταξη προκύπτει ότι ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να εκτελέσει ο ίδιος τη δημόσια σύμβαση που του έχει ανατεθεί, η δε υποκατάσταση του αναδόχου στο σύνολο ή μέρος της σύμβασης απαγορεύεται εκτός από τις περιπτώσεις που ορίζονται ρητά στο νόμο και πάντοτε με την επιφύλαξη των ορισμών του ενωσιακού Δικαίου (Χ. Μητκίδης ΘΠΔΔ 2010, σελ. 1017 επ, Δημ. Ράϊκος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων σελ. 613).

Υποκατάσταση είναι η έναντι αμοιβής μεταβίβαση των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του αναδόχου από την εργολαβική σύμβαση σε τρίτον (εκχώρηση

έργου), είτε πρόκειται για το σύνολο ή για μέρος του αναληφθέντος έργου, κατά τρόπον ώστε ο τρίτος να υπεισέρχεται στη μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αρχικού αναδόχου σχέση, μεταβάλλοντας τα πρόσωπα των αρχικώς συμβληθέντων (καθόσον έναντι της αναθέτουσας αρχής ευθύνεται πλέον τόσο ο ανάδοχος όσο και ο υποκατάστατος, ενώ εάν λάβει χώρα υποκατάσταση με απαλλαγή από την ευθύνη του αρχικού αναδόχου, ο συμβατικός δεσμός αναπτύσσεται μεταξύ του φορέα και του υποκατάστατου). Η υποκατάσταση, η οποία αναγνωρίζεται μόνον στο εθνικό δίκαιο, προβλέπεται κατά το στάδιο εκτέλεσης του έργου, δηλαδή μετά την υπογραφή της σύμβασης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του κυρίου του έργου, με την τήρηση συγκεκριμένων προϋποθέσεων και εφόσον εγκριθεί από το φορέα κατασκευής, διαφορετικά, σε περίπτωση κατά την οποία λάβει χώρα έμμεση υποκατάσταση, ο φορέας κηρύσσει έκπτωτο τον ανάδοχο μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου (Ολομ. ΣτΕ 971/1998, Α.Π. 119/2013, 464/1995).

Στο πεδίο του κοινοτικού δικαίου η υποκατάσταση του αναδόχου από τρίτον κατά τρόπον ώστε αυτός να υπεισέρχεται στη συμβατική σχέση και ο ανάδοχος να απεκδύεται της ευθύνης του, δεν είναι επιτρεπτή, καθόσον, ενόψει των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, η τιοιαύτη μεταβολή στο πρόσωπο του αναδόχου από νέο αντισυμβαλλόμενο, ξένο προς τη διαγωνιστική διαδικασία, για τον οποίο δεν προκύπτει η ύπαρξη ειδικής ή καθολικής διαδοχής έναντι του αρχικού αναδόχου ή άλλης ειδικής έννομης σχέσης, ως η αντιπροσώπευση ή η σχέση συνδεομένων επιχειρήσεων (μητρικής – θυγατρικής) συνιστά ουσιώδη τροποποίηση διάταξης δημόσιας σύμβασης κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της. Τούτο δε, καθόσον μη νομίμως προστίθεται εκ των υστέρων όρος περί αλλαγής του προσώπου συμβαλλόμενου μέρους από τον υποκατάστατο, ως προς τον οποίο, κατά τον κρίσιμο χρόνο της επιλογής αναδόχου, δεν κρίθηκε από τα αρμόδια όργανα ότι πληρούσε όλους τους προβλεπόμενους όρους παραδεκτής συμμετοχής, ενώ η ενδεχόμενη συμμετοχή του θα μπορούσε να είχε ως αποτέλεσμα την αποδοχή της συμμετοχής στη διαδικασία άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί. Συνεπεία δε της προσθήκης αυτού του όρου, αυτή η τροποποίηση συνιστά κατάρτιση νέας σύμβασης (απόφαση Δ.Ε.Ε.

C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH κατά Αυστριακής Δημοκρατίας, σκ. 1-2, 34-54).

Για την υποκατάσταση αναδόχου από τρίτο στην κατασκευή μέρους του έργου απαιτείται εγκριτική απόφαση της Προϊσταμένης Αρχής, μετά από πρόταση της Διευθύνουσας Υπηρεσίας, η οποία θα πρέπει να συνοδεύεται από πλήρη αιτιολογία ότι η εργοληπτική επιχείρηση που θα υποκαταστήσει τον ανάδοχο διαθέτει τα ίδια προσόντα που απαιτήθηκαν για την ανάληψη του έργου και παρέχει τα απαραίτητα εγγύα για την κατασκευή του έργου κατά την απόλυτη κρίση της Προϊσταμένης Αρχής που οφείλει να λαμβάνει υπόψη της τα σχετικά στοιχεία του ΜΕΕΠ (Γν. ΝΣΚ 465/2000 κατά την οποία η συνδρομή της προϋπόθεσης της παροχής των απαραίτητων εγγυών για την κατασκευή του έργου εναπόκειται στην κρίση της Προϊσταμένης Αρχής).

Με αυτές τις προϋποθέσεις ο νόμος 3669/2008 επιτρέπει τη δυνατότητα υποκατάστασης του αναδόχου από οποιαδήποτε επιχείρηση, ακόμη κι' αν δεν συμμετείχε στη διαγωνιστική διαδικασία, αρκεί να διαθέτει προσόντα ικανά να αναλάβει την εκτέλεση και περάτωση του έργου (ΣτΕ Ολ. 971/1998, Γν. ΝΣΚ 465/2000, ΕΣ Τμ. VI 2118/2013).

Απαραίτητη προϋπόθεση και βασικό κριτήριο για νόμιμη υποκατάσταση είναι η υποκαθιστώσα εργοληπτική επιχείρηση να έχει τα ίδια εκείνα προσόντα της υποκαθιστάμενης με την έννοια ότι θα της είχε ανατεθεί απ' αρχής το έργο, εάν είχε προσφέρει την ίδια προσφορά (Κ. Χασάπης Δίκαιο Δημοσίων Έργων σελ. 596). Κρίσιμος δε χρόνος ελέγχου των προσόντων της υποκαθιστώσας εργοληπτικής επιχείρησης είναι ο χρόνος υποβολής και εξέτασης της αίτησης υποκατάστασης.

Στο άρθρο 21 της διακήρυξης του επίμαχου έργου ορίζεται ότι δικαιούμενο συμμετοχής στο διαγωνισμό είναι :

«21.1 Μεμονωμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις, οι οποίες:

α. Είναι εγγεγραμμένες στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων που τηρείται στη Γ.Γ.Δ.Ε. του Υ.Π.Ε.ΧΩ.Δ.Ε., στις κατηγορίες έργων και τις τάξεις, όπως ορίζεται παρακάτω:

- *Υδραυλικά:* (ενδεικτικού προϋπολογισμού 24.268.308,09 €) 6^{ης} τάξης ανεξαρτήτου έδρας.
- *Ηλεκτρομηχανολογικά:* (ενδεικτικού προϋπολογισμού 402.082,60 €) 1^{ης} ή 2^{ης} τάξης ανεξαρτήτου έδρας, καθώς και 3^{ης} τάξης αν έχει έδρα τον Νομό Αττικής ή τον Νομό Αττικής δηλωθέντα ως δεύτερο Νομό.»

Στο άρθρο 59 του Ν. 4278/2014, η ισχύς του οποίου άρχεται από 4.8.2014, ήτοι μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού και πριν την υπογραφή της σύμβασης, ορίζονται τα εξής:

«1. Τα ανώτατα και κατώτατα όρια προϋπολογισμού δημοσίων έργων και προεκτιμώμενων αμοιβών μελετών ανά κατηγορία και τάξη, με βάση τα οποία έχουν δικαίωμα συμμετοχής στις αναθέσεις δημοσίων έργων, μελετών και συναφών υπηρεσιών, οι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (ΜΕΕΠ) και στα Μητρώα Μελετητών και Εταιρειών Μελετών της Γενικής Γραμματείας Δημοσίων Έργων, καταργούνται. Οι διατάξεις του άρθρου αυτού ως προς τα κατώτατα όρια εφαρμόζονται και σε εκκρεμείς διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων έργων, μελετών και συναφών υπηρεσιών (ανοικτές, κλειστές και με διαπραγματέυση) στις οποίες δεν έχουν υποβληθεί προσφορές μέχρι τη δημοσίευση του παρόντος νόμου.»

Με την άνω διάταξη και σε συμμόρφωση της χώρας μας με το ενωσιακό δίκαιο καταργήθηκαν άμεσα και από της ισχύος της (4.8.2014) τα κατώτατα όρια προϋπολογισμού δημοσίων έργων που αποτελούσαν τυπικό κώλυμα συμμετοχής σε διαγωνισμούς και όχι έλλειψη προσόντων.

Η υποκαθιστώσα εταιρία «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ» κατά των κρίσιμο χρόνο υποβολής της εξέτασης του αιτήματος υποκατάστασης (4.5.2018) είναι εγγεγραμμένη στην 7^η τάξη του ΜΕΕΠ στην κατηγορία «ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ» και βάσει της ισχύουσας νομοθεσίας και της κατάργησης των κατώτατων ορίων θα είχε δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό και ανάληψης του έργου.

Συνεπώς η υποκαθιστώσα εταιρία «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ» διαθέτει τουλάχιστον τα ίδια προσόντα που απαιτήθηκαν για την ανάληψη του έργου από την ανάδοχο «ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ».

Εφόσον η εταιρία «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ» διαθέτει τα απαραίτητα προσόντα για την συνέχιση και περαίωση του έργου θα πρέπει να εξετασθεί η διαδικασία λήψης νόμιμης απόφασης για την έγκριση της υποκατάστασης.

Όπως και ανωτέρω αναφέρθηκε η υποκατάσταση άλλης εργοληπτικής επιχείρησης στην κατασκευή του έργου προτείνεται από τη Διευθύνουσα Υπηρεσία και εγκρίνεται από την Προϊσταμένη Αρχή. Η αδυναμία του αναδόχου να προχωρήσει και να ολοκληρώσει το έργο σταθμίζεται από τη Διευθύνουσα υπηρεσία που εισηγείται σχετικά στην Προϊσταμένη Αρχή, με βάση πραγματικά δεδομένα, τα οποία αναφέρονται στην πρόοδο του έργου, το είδος της αδυναμίας του αναδόχου και κάθε άλλο συναφές στοιχείο.

Η Προϊσταμένη Αρχή λαμβάνει την οποιαδήποτε απόφασή της με γνώμονα ότι με τις διατάξεις περί υποκατάστασης ο νομοθέτης ουσιαστικά επιδιώκει να εξασφαλίσει τις προϋποθέσεις για την έγκαιρη και άρτια εκτέλεση του έργου δεδομένου ότι πιθανή αδυναμία του αναδόχου είναι δυνατόν να προκαλέσει ανυπερέβλητα εμπόδια στην ομαλή πορεία του έργου (Γν. Ολ. ΝΣΚ 21/1998, ΝΣΚ 346/2001, 218/2007).

Εν προκειμένω η εταιρία «ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ» στην από 3.5.2018 και με Α.Π. 16385/4.5.2018 αίτηση υποκατάστασης που υπέβαλε επικαλείται ότι αδυνατεί να περατώσει το έργο λόγω των δύσκολων οικονομικών συνθηκών, έχει προβλήματα χρηματοδοτήσεων ορισμένων έργων από τους φορείς, τα capital controls, καθώς επίσης και το γεγονός ότι επιθυμεί να συγκεντρωθεί σε ορισμένα από τα έργα που έχει αναλάβει προκειμένου να τα ολοκληρώσει επιτυχώς.

Οι άνω λόγοι, εφόσον σταθμιστούν ως προς την ορθότητά τους από τη Διευθύνουσα Υπηρεσία, αποτελούν νόμιμους λόγους υποκατάστασης της εταιρίας «ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ».

Επισημαίνω ότι οι ίδιοι λόγοι υποκατάστασης έγιναν δεκτοί από τον Υπουργό Υποδομών και Μεταφορών που, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΚΒ/ΦΚΑΘ 75.00/ΟΔ/2095/16.5.2018 απόφασή του, ενέκρινε την υποκατάσταση της εταιρίας

«ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ» από την εταιρία «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ» στην εκτέλεση του έργου «Κατασκευή / Αναβάθμιση οδικού άξονα Καλλονής – Σιγρίου Λέσβου».

Προκειμένου να προστατευθεί το δημόσιο συμφέρον που συνίσταται στην υλοποίηση του έργου με το ίδιο οικονομικό αντάλλαγμα και σύμφωνα με τις απαιτήσεις ποιότητας εκτέλεσης που αρχικά προσδιορίσθηκε από την αναθέτουσα αρχή και επέλεξε στο πρόσωπο του αρχικού αναδόχου, θεσπίζεται αυστηρή διαδικασία υποκατάστασης και ευθύνης τόσο του αρχικού όσο και του νέου αναδόχου.

Το άρθρο 65§2 του Ν. 3669/2008 ορίζει τα εξής:

«2. Σε κάθε περίπτωση Υποκατάστασης ο ανάδοχος ευθύνεται μαζί με τον υποκατάστατο εις ολόκληρον προς τον κύριο του έργου, το προσωπικό του έργου και οποιονδήποτε τρίτο. Κατ' εξαίρεση μπορεί να εγκριθεί η Υποκατάσταση με απαλλαγή του αναδόχου από την ευθύνη του προς τον κύριο του έργου, αν αυτό επιβάλλεται από το συμφέρον του έργου και ο ανάδοχος βρίσκεται σε προφανή αδυναμία να περατώσει το έργο.»

Από την άνω διάταξη προκύπτει ότι σε κάθε περίπτωση υποκατάστασης ο ανάδοχος ευθύνεται μαζί με τον υποκατάστατο σε ολόκληρο προς τον κύριο του έργου, το προσωπικό του έργου και οποιονδήποτε τρίτο. Κατ' εξαίρεση μπορεί να εγκριθεί η υποκατάσταση με απαλλαγή του αναδόχου από την ευθύνη του προς τον κύριο του έργου, αν αυτό επιβάλλεται από το συμφέρον του έργου και ο ανάδοχος βρίσκεται σε προφανή αδυναμία να περαιώσει το έργο.

Για να εγκριθεί η υποκατάσταση με απαλλαγή από την ευθύνη του αρχικού αναδόχου, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 65 του Ν. 3669/2008 θα πρέπει στην αίτηση του αναδόχου να προσδιορίζεται το τμήμα της εργολαβίας για το οποίο ζητείται η υποκατάσταση με απαλλαγή από την ευθύνη και η πιστοποίηση μετά την οποία όλες οι πληρωμές θα διενεργούνται απευθείας στο νέο ανάδοχο.

Εν προκειμένω συντρέχουν οι προϋποθέσεις για την έγκριση της υποκατάστασης με απαλλαγή από την ευθύνη του αρχικού αναδόχου για το υπολειπόμενο τμήμα του έργου δεδομένου ότι ο ανάδοχος βρίσκεται σε προφανή αδυναμία να περαιώσει το έργο και ότι είναι προς το συμφέρον του έργου η απαλλαγή του.

Επισημαίνω ότι στην απόφαση έγκρισης της υποκατάστασης θα πρέπει υποχρεωτικά να προσδιορίζονται οι λογαριασμοί τόσο του Τμήματος Ι όσο και του Τμήματος ΙΙ μετά τους οποίους όλες οι εφεξής πληρωμές θα διενεργούνται απευθείας στο νέο ανάδοχο καθώς το ύψος των εγγυητικών επιστολών καλής εκτέλεσης του έργου που θα πρέπει να προσκομίσει η νέα ανάδοχος.

II. Ως προς το δεύτερο σκέλος του ερωτήματός σας αν είναι δυνατή η υποκατάσταση αναδόχου μετά την κοινοποίηση της ειδικής πρόσκλησης του άρθρου 61 του Ν. 3669/2008 αναφέρω τα εξής:

Η κοινοποίηση της ειδικής πρόσκλησης του άρθρου 61 του Ν. 3669/2008 δεν αποτελεί λόγο απόρριψης της αίτησης υποκατάστασης του αναδόχου, όπως δεν θα αποτελούσε και νόμιμο λόγο απόρριψης της αίτησης υποκατάστασης ακόμη και η κήρυξη του αναδόχου ως εκπτώτου γιατί ο ανάδοχος αποξενώνεται από το έργο μόνο μετά την απόρριψη της τυχόν ασκηθείσης ενστάσεώς του κατά της απόφασης έκπτωσης ή με την οριστικοποίηση με άλλο νόμιμο τρόπο της εκπτώσεως, προϋπόθεση που δεν συντρέχει εν προκειμένω.

III. Συμπερασματικά και σε σχέση με τα ερωτήματα που μου υποβάλατε αναφέρω τα εξής:

α) Συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 65§1 του Ν. 3669/2008 για την νόμιμη υποκατάσταση της αρχικής αναδόχου «ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ» από την εταιρία «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ» στην εκτέλεση του έργου «Δίκτυο αποχέτευσης ακαθάρτων σε οικισμούς του Δήμου Διονύσου – Κρυονέρι, Σταμάτα, Ροδόπολη, Διόνυσος, Αγ. Στέφανος».

Επειδή το έργο είναι συγχρηματοδοτούμενο από το πρόγραμμα «Επιχειρησιακό Πρόγραμμα Περιβάλλον και Αειφόρος Ανάπτυξη 2007-2013» και ιδίους πόρους επισημαίνω και πάλι ότι στο πεδίο του Κοινοτικού Δικαίου η υποκατάσταση του αναδόχου από τρίτον κατά τρόπο ώστε αυτός να υπεισέρχεται στην συμβατική σχέση και ο ανάδοχος να απεκδύεται της ευθύνης του, δεν είναι επιτρεπτή, διότι συνιστά ουσιώδη τροποποίηση διάταξης δημόσιας σύμβασης κατά τη διάρκεια

εκτέλεσης της (ΔΕΕ C-496/1999 “Cas succhi di Frutta SpA» και C-454/06 «Pressetext»).

Τούτο σημαίνει ότι ενδέχεται σε γενόμενο έλεγχο από τα αρμόδια όργανα της ΕΕ να κριθούν δαπάνες μη επιλέξιμες και να εκδοθούν εις βάρος του Δήμου, ως τελικού δικαιούχου, αποφάσεις δημοσιονομικής διόρθωσης ή και ανάκτησης των καταβληθέντων ποσών χρηματοδότησης.

β) Συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 65§§2 και3 του Ν. 3669/2008 για την υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου με απαλλαγή από την ευθύνη του για το μέρος του έργου για το οποίο εγκρίνεται η υποκατάσταση, εφόσον τηρηθούν οι προϋποθέσεις που ανωτέρω ανέφερα και στην απόφαση της Προϊσταμένης Αρχής περιληφθούν όλα τα αναγκαία για την νομιμότητα και πληρότητά της στοιχεία (Καθορισμός τμήματος για το οποίο εγκρίνεται η υποκατάσταση, προσδιορισμός των λογαριασμών μετά τους οποίους οι πληρωμές θα διενεργούνται στο νέο ανάδοχο, πρόβλεψη ότι το τυχόν αναπρόσβεστο μέρος της προκαταβολής θα αποσβέννυται με συμψηφισμό με τους λογαριασμούς που θα υποβάλλει ο νέος ανάδοχος και καθορισμός του ποσού των εγγυητικών επιστολών καλής εκτέλεσης που πρέπει να προσκομίσει ο νέος ανάδοχος).

γ) Η κοινοποίηση στον αρχικό ανάδοχο της ειδικής πρόσκλησης του άρθρου 61 του Ν. 3669/2008 δεν κωλύει την έκδοση απόφασης υποκατάστασής του από άλλη εργοληπτική επιχείρηση.

Αθήνα, 21 Μαΐου 2018

Ο Συντάξας Δικηγόρος

Χρήστος Στεφάνου